

CAPÍTULO QUINTO

CONTRASTADA AFIRMACIÓN DEL TERCER PODER EN EL VEINTENIO REPUBLICANO

Muy pocos, entre los hombres de la asamblea constituyente tenían una visión sistemática. Pocos sabían qué cosa significa, con todas sus implicaciones, una constitución “garantista”. Para muchos de ellos, tal vez para todos, el aspecto constitucional del fascismo se expresaba en modo ingenuo y simplista, en un atropello del parlamento por obra del ejecutivo. De aquí la tendencia restauradora que empujaba a la renovada exaltación de los poderes de la asamblea. Pero había también una experiencia directa que algunos de ellos habían sufrido: la experiencia denunciada por el periódico de los magistrados, la experiencia de la parálisis judicial. Cuando la violencia de la guerra civil y más tarde la arbitrariedad policiaca los habían amenazado en sus intereses y en sus afectos, en su libertad personal, en su propiedad, en su vida misma, en vano habían buscado defensa en la justicia. La justicia callaba y sabemos por qué. También ellos lo sabían, y las denuncias de jueces valientes, como el autor del artículo ya recordado en *La Magistratura*, los habían ayudado a comprender, entrando en la técnica de la defensa judicial de los derechos, con qué ceguera culpable y trágica ellos mismos habían descuidado aquella materia cuando eran hombres de gobierno en la vieja Italia. La larga agonía de un veintenio de oposición impotente y de exilio —más triste cuando el exilio era dentro de la patria— los había obligado a meditar sobre la precariedad del poder y sobre la importancia esencial de las garantías judiciales sin las cuales la oposición es impotente y prisionera.

Las nuevas posiciones de poder ya estaban surgiendo, pero eran todavía problemáticas y no estaban consolidadas. Los hombres de la asamblea constituyente veían todavía los problemas fundamentales de la organización del Estado con el ánimo de hombres de la oposición y no todavía como hombres del poder, y esto hace la grandeza de su obra en el IV título, II parte, de la constitución. En desacuerdo en la ideología y en la competencia política, estuvieron de acuerdo en desear un sistema de libertad auténtico y válido, fundado sobre controles ju-

diciales seguros. Con una inconciencia coherente, después de ser advertidos sobre y contra los excesos del positivismo jurídico de los "derechos inviolables", buscaron construir un control judicial que permitiera, en cualquier ocasión, a un juez sereno comparar con libertad responsable la norma escrita con los principios y la conciencia, y que en todo caso le permitiera ignorar los intereses de los poderosos.

En los países que se habían resistido al contagio de las dictaduras, como en Estados Unidos, jueces soberanos ejercen un control autorizado sobre el mismo contenido de las leyes, confrontándolo con la constitución escrita. En Inglaterra, confrontándolo con la tradición y con el sentimiento jurídico y moral del país (en sustancia con la antigua "ley de la tierra"). En Italia, restituida la libertad, se quería que jueces serenos y soberanos aplicaran las leyes y vigilaran el contenido mismo de las leyes haciendo imposibles los ataques contra los derechos fundamentales no sólo por obra del gobierno sino también por obra de mayorías parlamentarias, intimidadas, subyugadas o enloquecidas. Así nacían dos instituciones entre las más calificadas y más importantes de la nueva constitución italiana, es decir, el consejo superior de la magistratura y la corte constitucional, expresión y fundamento de la soberanía del judicial frente a la soberanía de las asambleas. Tal vez los constituyentes no advirtieron cómo la presencia de estas dos instituciones estuviese destinada a influir sobre todo el diseño general de la constitución, iluminándolo con luz clara y que superaba los aspectos seudoparlamentarios y asambleístas para convertirlo en un sistema "garantista", preciso y sin reservas. No vieron que esta parte tan vital del nuevo edificio, y por ellos tan deseada, estaba destinada a ser la llave para la interpretación de cualquier aspecto ambiguo y contradictorio o tal vez, que al disolverse arrastraría a la ruina al entero edificio. No previeron la dificultad que hubiera requerido la afirmación efectiva del tercer poder: la verdadera, la profunda, la única revolución liberadora contenida en la constitución escrita.

La constitución, en el cuarto título de la segunda parte, consagra, entonces, con claridad principios que constituyen innovaciones radicales en la vida italiana. La función judicial es dirigida toda y únicamente hacia la conciencia del juez, liberado de cualquier sumisión jerárquica y política: "Los jueces están sujetos únicamente a la ley" (artículo 101) y "se distinguen entre ellos sólo por la diversidad de funciones". En consecuencia, no hay jueces "superiores" e "inferiores" en sentido

administrativo, es decir, jueces que de cualquier modo dependen de otros jueces; lo que naturalmente no excluye ni la jerarquía de los grados de jurisdicción, ni la selección (que, sin embargo, no podrán tener lugar a través de una carrera que implica la existencia de jueces inferiores y superiores), ni la especialización en orden a las diversas funciones. Los actos administrativos y disciplinarios relativos a los jueces son substraídos al poder político y atribuidos todos y únicamente a un órgano representativo del cuerpo judicial (autogobierno).

Los mismos principios, aunque expresados en términos ligeramente diferentes a causa de residuos históricos, valen para los magistrados de la acusación porque precisamente son, *magistrados* y ya no funcionarios, y por ello son también independientes con el mismo título y con las mismas garantías de los magistrados juzgadores. Así como el magistrado juzgador no puede negar justicia, el ministerio público tiene la obligación de ejercer la acción penal (cuando reconozca los extremos). La autoridad judicial (jueces y ministerio público) "dispone directamente de la policía judicial" y no debe, entonces, depender de la buena voluntad del poder ejecutivo. La policía judicial está a sus órdenes; garantía que en apariencia es marginal, pero que en realidad es esencial. La autoridad judicial hemos visto, si no ejerce efectiva dirección y pleno control sobre la policía judicial puede ser paralizada con extrema facilidad por la arbitrariedad política.¹ Otros principios son, más o menos, confirmación o desarrollo de garantías tradicionales: el juez preconstituido, la unicidad de la jurisdicción, la prohibición de tribunales especiales o extraordinarios, los nombramientos por concurso, la inamovilidad (finalmente plena, con actitudes que no atentan contra el principio de autogobierno). Al ministro de la justicia está dicho con claridad que sólo le corresponde la facultad (no exclusiva) de promover el juicio disciplinario y la obligación de proveer a la organización y funcionamiento "de los servicios relativos a la justicia", es decir, de aquella índole (sedes, personal auxiliar, instrumentos) necesaria para hacer eficaz y expedita la acción de la magistratura. Únicamente quedan aparte las jurisdicciones del consejo de Estado y de los otros tribunales administrativos, de la contaduría general del Estado y de los tribunales militares que en tiempo de paz tienen jurisdicción sólo para los delitos militares cometidos por personas pertenecientes a las fuerzas armadas (en servicio).

El repudio a la interferencia ministerial, a la jerarquía y a la carrera y, en consecuencia, el autogobierno, son evidentemente grandes conquistas desde el punto de vista de la técnica de la organización jurídica, y del "garantismo". No menos importante es la nueva con-

cepción sobre el ministerio público, que ya no es agente del poder ejecutivo cercano a la autoridad judicial, sino más bien un magistrado de acusación libre con la misma soberana independencia de la magistratura juzgadora. Si se considera cuán importantes son por necesidad los poderes del ministerio público (aun cuando una reforma haya depurado el cargo de todo poder indebido), por el solo hecho que a él corresponde promover o no la acusación, sostenerla o no, y si se recuerda qué mal uso se hizo de la sumisión del ministerio público ante el ejecutivo, en todo tiempo, tanto en la Italia liberal como en la fascista, no se puede dejar de considerar como iluminado y feliz este aspecto del nuevo orden de la justicia italiana. Se puede esperar que sea una gran contribución para la consolidación del sistema general de libertad, siempre que, naturalmente, los principios sean desarrollados a partir de una legislación honesta y no sean defraudados y eludidos.²

Si un día los principios y las reglas del cuarto título, segunda parte, de la constitución encontraran junto a aquellos del primer título, primera parte, fiel aplicación y armónico desarrollo legislativo, ya sea por lo que se refiere al ordenamiento judicial o por lo que se refiere a la estructura y a los poderes del consejo superior de la magistratura, o bien por lo que respecta a las leyes de procedimiento (que al ordenamiento judicial son vinculadas por profundas ligas lógicas y morales en cuanto contribuyen a hacer efectivas las libertades civiles y también las políticas), el poder judicial, que la constitución por una inofensiva, pero significativa timidez verbal llama todavía orden judicial, será verdaderamente, en la esfera de sus competencias, un cuerpo soberano protegido contra toda lisonja, y toda intimidación por parte de los poderes políticos y podrá constituirse en la defensa válida, más bien en la base de un sólido sistema de libertad organizada. Sin embargo, no constituirá un "Estado dentro del Estado" porque el ordenamiento judicial será siempre obra del legislativo y más todavía porque el cuerpo judicial, reordenado sin jerarquía ni carrera será incapaz de expresar una voluntad corporativa. La voluntad del poder judicial no será otra que la resultante de las infinitas decisiones de los jueces en lo individual, tomadas en completa libertad. Sin embargo, el legislativo expresará sus órdenes al judicial en forma general y abstracta de la ley y sólo en ella. De hecho el artículo 106 señala: "esperan al consejo superior de la magistratura, según las normas del ordenamiento judicial, las admisiones al servicio, las asignaciones y las transferencias, las pro-

mociones y las disposiciones disciplinarias respecto a los magistrados". El texto constitucional es muy claro: todos los actos administrativos relativos a la carrera de los jueces y a su disciplina competen por entero al consejo superior y sólo al consejo superior. Toda ley que restituya, en cualquier medida, al ejecutivo cualquiera injerencia en tal materia, aunque sea en la forma simple de derecho de propuesta (salvo la excepción explícitamente prevista en la constitución) o peor, de propuesta vinculatoria, es en consecuencia contraria a la constitución. Por otra parte, si leemos el artículo 104 veremos que la estructura del consejo es tal como para asegurar su efectiva independencia y su representación como órgano de autogobierno del cuerpo judicial entero, y en conjunto, como para asegurar su eficaz vinculación con el parlamento y el gobierno. El consejo está presidido por el presidente de la república; forman parte por derecho el primer presidente y el procurador general del tribunal de casación. Los demás componentes son elegidos en dos tercios, por todos los magistrados ordinarios, entre los pertenecientes a las diferentes categorías, y en un tercio por el parlamento en sesión común, entre profesores ordinarios de universidad en materia jurídica y abogados con más de quince años de servicio.

Sólo con la ley de 24 de marzo de 1958, después de reiteradas solicitudes informales del presidente de la república y bajo la presión de una gran campaña de la Asociación Nacional de los Magistrados y de algunos grandes órganos de la prensa independiente (pero no de la prensa de los partidos), fue finalmente creado aquel consejo superior de la magistratura que debía asegurar la independencia y el autogobierno. Sin embargo, en lugar de aplicar lealmente la constitución (aprobada, entre otras situaciones, por la cámara en sesión deliberante), constituía una tentativa abierta para demoler la constitución, persiguiendo fines exactamente opuestos a aquellos que el constituyente había querido.

La constitución quiso sustraer al juez de toda dependencia jerárquica, ya sea frente a otros jueces o frente al poder político. De hecho, como hemos visto, dice que "los jueces están sujetos únicamente a la ley" (artículo 101) y que "los magistrados se distinguen entre ellos únicamente por diversidad de funciones" (artículo 107). Para garantizar a los jueces tal posición de absoluta independencia, sustrae por entero el gobierno de la magistratura, ya sea del poder político o de la alta magistratura, e instituye el órgano de autogobierno de la magistratura, mientras que cualquier poder en esta materia es específicamente quitado al gobierno, con la sola excepción ya vista: la facultad dada *también* al guardasellos para promover la acción disciplinaria; facultad oportuna en cuanto puede realmente ser útil para que *también* el mi-

nistro esté en posibilidad de promover tal acción. Elevada en el espíritu pluralista y garante que anima toda la constitución como poder del Estado, a la vista de los otros poderes del Estado (como es en la tradición de todo país verdaderamente libre), la magistratura (según la constitución) encuentra precisamente en su consejo superior la expresión y el instrumento democrático de su posición soberana, dentro de los límites de sus funciones y en el respeto de las leyes que aprueba el parlamento.

Sin embargo, la ley de 24 de marzo de 1958, en su conjunto y en todas sus disposiciones esenciales, procede en sentido opuesto y tiende a consolidar la estructura jerárquica (hacia el interior del "orden" judicial y frente al gobierno) que la magistratura italiana ha heredado de la tradición borbónica, austriaca, napoleónica: el consejo superior nace deformado y paralítico.

Deformado en cuanto a que no es, como quería la constitución, la expresión de la voluntad electoral del entero cuerpo judicial. Tal voluntad electoral es falseada haciendo votar a cada magistrado sólo por su categoría, dando a las diferentes categorías un peso electoral muy diferente y excluyendo directamente a la numerosa categoría de los auditores judiciales (artículo 23, párrafo 4º), de tal manera que muchísimos jueces de las categorías "inferiores" eligen un número de consejeros, el cual resulta desproporcionado si se compara con el elegido por los poquísimos jueces de las categorías, o más bien, de la categoría "superior" (artículo 23). Después deformado, además, en cuanto a que la voluntad del *plenum* es substituida por la voluntad de las comisiones en las que la ley reserva a la casación una preponderancia aplastante (artículos 3, 11 y 13 último párrafo).

Paralítico en cuanto no puede funcionar ni prever en las materias que le son confiadas por la constitución sino por iniciativa exclusiva del ministro (artículo 11); y por lo que respecta a algunos de los actos más importantes del consejo se prescribe no sólo la iniciativa del ministro sino el concurso de la voluntad de éste para la decisión ("concierto") (artículo 11, tercer párrafo).

En fin, el consejo también queda formalmente degradado de la posición de órgano constitucional a la de simple órgano administrativo, en cuanto a que sus actos no tienen eficacia inmediata sino que pueden ser impugnados ante el consejo de Estado y ante el tribunal de casación (artículo 17, párrafos 2º y 3º); es decir, los actos del órgano que según la constitución expresa soberanía del entero cuerpo de la magistratura pueden ser impugnados ante un tribunal individual que constituye sólo una mínima parte de la magistratura, o ante un tribunal

administrativo que además sea extraño a la magistratura ordinaria y cuyas garantías de independencia son más limitadas de aquellas que goza o que, según la constitución, debería de gozar la magistratura ordinaria.

Asignando a los magistrados diferentes coeficientes de poder electivo en la elección del consejo superior (artículo 23) la ley viola la voluntad constitucional, según la cual los magistrados se distinguen entre ellos sólo por la diversidad de las funciones. Mientras que tal ley esté en vigor, debemos decir que los magistrados se distinguen entre ellos también y sobre todo en razón del poder que la ley misma atribuye a determinadas secciones de la magistratura sobre la magistratura en su conjunto. Algunos magistrados tendrán un poder mínimo sobre la entera magistratura, otros, un poder enorme. Aquellos que tendrán un poder mínimo estarán en condiciones de subordinación o dependencia jerárquica y moral frente a los pocos que tendrán un poder enorme. Sabrán que toda disposición que les concierne y, en consecuencia, su carrera completa —mientras haya una carrera— estará a la merced de la benevolencia de aquella fracción de la magistratura que tendrá el poder de determinar preventivamente la composición del consejo y, sucesivamente, el de reexaminar las disposiciones, lo que significa restaurar y acentuar, en forma por demás brutal, el principio de la dependencia jerárquica, no como legítima jerarquía de tribunales y de grados de jurisdicción, sino precisamente como dependencia administrativa ilegítima, como lesión a la libertad espiritual del juez, quien se ve forzado al más estrecho conformismo frente a aquellos que reconsagra tal ley, tan eficazmente, como sus “superiores”, y también frente al poder político, que al controlar el vértice de la pirámide influye sobre la carrera. Si luego se toma en consideración cuántos son los actos fundamentales del consejo que se sustraen al consejo *in plenum* y son requeridos para integrar comisiones, artificiosamente formadas con la superioridad aplastante del tribunal de casación (artículos 3 y 11), entonces se ve muy bien cómo también, prescindiendo del recurso a la casación contra las disposiciones disciplinarias del consejo, subrepticamente el gobierno de la magistratura es sustraído al consejo y dado al tribunal de casación o para decirlo mejor, cómo el consejo esté de tal modo deformado y vaciado como para transformarse sólo en una máscara del poder jerárquico del tribunal de casación, de aquel tribunal de casación cuyos accesos la misma ley permite al poder público vigilar con tanta eficacia (artículo 2, párrafos 2º y 3º).

En suma esta absoluta “no clasificación” de la naturaleza y de la estructura de la constitución previstas para el consejo, aparece en el ar-

título 17, en donde se impone que los actos del consejo no tengan directa o inmediata eficacia frente a los magistrados sino que asuman la forma de decreto del presidente de la república con refrendo ministerial o de decreto ministerial, con el consecuente, entre otras cosas, control preventivo de la contaduría general del Estado y de la competencia jurisdiccional del consejo de Estado constituido en sede de impugnación de las disposiciones administrativas.

Así que aquel consejo que según la constitución es indudablemente un órgano constitucional,³ la expresión de uno de los poderes soberanos del Estado ("la magistratura es un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder": artículo 104; "son del consejo superior de la magistratura las asunciones, las asignaciones y las transferencias, las promociones y las disposiciones disciplinarias respecto de los magistrados": artículo 105), queda condicionado a la voluntad de otros órganos y poderes; condicionado en forma disimulada a la voluntad del tribunal de casación, que a través de las elecciones y la estructuración de las comisiones domina desde el interior la formación misma de la voluntad del consejo; condicionado de manera abierta, declarada y formal, a la voluntad del ministro, quien la ejerce mediante el monopolio de la iniciativa y a través de las propuestas hechas "de concierto" para las decisiones de mayor relieve (artículo 11); condicionado a la voluntad del jefe de Estado, o de gobierno una vez más, para la formación de los decretos, a la voluntad de la contaduría general del Estado o del consejo de Estado (órganos cuya dependencia no es a su vez tan completa como debiera ser frente al gobierno); condicionado, en suma, a la voluntad del tribunal de casación constituido en sede de impugnación de las disposiciones disciplinarias.

Cada una de estas violaciones es suficiente por sí sola para lesionar, a través de la autonomía del consejo, la autonomía del orden judicial "frente a cualquier otro poder". Pero si del examen de cada violación en particular y de cada norma individual se pasa al examen conjunto del contexto, en sus claras finalidades, emerge el neto propósito de desconocer e impedir aquel autogobierno de la magistratura que el constituyente proclamó como único medio para liberar la justicia italiana de las angustias en las que se debatía, y garantizar, mediante la libertad de los jueces, la libertad de los ciudadanos.

La ley, entonces, directamente altera el equilibrio de los poderes demoliendo la autonomía de un órgano constitucional, subordinándolo a la voluntad y al control de otros órganos y poderes. El problema de la libertad de los jueces no es un problema marginal, es al contrario el problema de problemas. Mientras la justicia sea ordenada jerárquicamente

en pirámide y dominado el vértice de la pirámide sea fácil dominar al entero cuerpo de la justicia; mientras el concepto funcional de la selección y especialización de los jueces se sustituya con el concepto burocrático de la carrera y se concedan al poder político medios eficaces para influir sobre la carrera misma, evidentemente la aplicación objetiva de las leyes y la consistencia efectiva del Estado de derecho quedarán confiadas a la buena voluntad del príncipe, personificado en el dictador, en la asamblea o en el alto burócrata del partido. El príncipe en determinadas situaciones políticas respetará, hasta cierto punto, la libertad de la justicia, pero en otras será inducido a violentarla inevitablemente. De cualquier manera, la existencia de una símil situación no podría ser educativa ni formativa frente al entero cuerpo judicial.

La ley entonces pone en juego una garantía verdaderamente fundamental, una garantía que es condicionante de todas las otras garantías, ya que todas se fundan sobre la justicia, y si la justicia vacila, todas vacilan. La soberanía del cuerpo judicial, con métodos y trámites históricamente diferentes se ha afirmado en todos los países verdaderamente libres (que no son muchos), y en todos ellos goza de un absoluto respeto. El parlamento en estos países es soberano en la formación de las leyes, pero, no le es permitido —y menos que nunca le es permitido al gobierno— influir en su aplicación por los jueces.⁴ Es decir, el poder político, repito, debe expresar su soberanía frente a la soberanía del juez únicamente mediante normas generales y abstractas, públicamente formadas y no a través de ocultas órdenes hipócritas o consejos para aplicar en uno u otro modo, o para desaplicar las normas. Está en dicha garantía la primera certeza de la estabilidad de las instituciones y la condición de la sucesión tranquila de los partidos en el gobierno, ya que la mayoría en el gobierno dispone entonces de un gran poder, pero no de todo el poder. Del poder para modificar las leyes a la luz del día y en las formas debidas, no del poder que, cuanto más rápido, insidioso y temible, es capaz de deformar las leyes cuando las aplica, según su deseo.

Es inútil hablar de constitución y de Estado de derecho cuando el ejecutivo mantiene o adquiere el control del judicial; cuando el político sea colocado en condición de influir al juez sobre el modo en el que la ley deba ser aplicada en casos particulares. Únicamente quien sea extraño por completo al espíritu de las libertades civiles del Occidente y, en consecuencia, estuviera sordo del todo a los principios

fundamentales de la constitución italiana no puede ver cómo aquella ley constituía no sólo una violación sino directamente una destrucción fundamental de la constitución. Y no sólo en relación con algunos artículos importantísimos de la constitución misma, como son los artículos del 101 al 110, sino también con toda la estructura y el equilibrio de la constitución, fundados sobre la efectividad de las garantías jurídicas, sobre la división de los poderes y sobre aquellos controles recíprocos de los que la división de poderes constituye el presupuesto. En aquellos gobiernos tolerantes por necesidad, porque son débiles e incoherentes, las amplísimas posibilidades de intervención reservadas por la ley al ejecutivo sobre el consejo superior en el gobierno de la justicia generarán sólo consecuencias nocivas. Un cuerpo de magistrados obligado a considerar la propia independencia moral como un elemento negativo para los fines de su carrera se encuentra en la condición poco envidiable de confrontarlo con las necesidades de su propia naturaleza y sus pasiones: la administración de la justicia debe quedar a salvo del temor y la desesperanza, ya que no podrá administrar justicia quien se encuentre expuesto en gran medida al favor o al disfavor del ejecutivo, o al favor o al disfavor de los "superiores jerárquicos". En presencia de gobiernos más fuertes y más intolerantes es también muy evidente cuáles recursos podrían surgir ante el abuso propiciado por la ambigüedad de la redacción de los artículos de una ley similar.

Con una tímida, aunque fundamental sentencia, la corte constitucional —ante la que fue impugnada la ley de 1958, gracias a la valiente actitud de independencia de un pretor frente al jefe de gobierno, y se constituyó en juicio mediante el organismo jurídico competente del Estado— dio cabida a una sola, pero la más grave, de las objeciones levantadas contra la ley y declaraba inconstitucional la exclusividad reservada por la ley al guardasellos para la iniciativa de las disposiciones del consejo.

Antes de la sentencia el legislador italiano podía también hacer creer que dicho problema era sólo producto artificioso de investigadores ajenos a la realidad y de magistrados muy quisquillosos. Ahora ya no; actualmente la ley parece herida en su esencia y todo su sistema amenaza ruina.

Aquella pésima ley, sin embargo, era notablemente orgánica; fue una de las más meditadas entre las que había elaborado en aquel veintenio de escasa libertad el parlamento, quien con frecuencia era un apresu-

rado legislador. Una ley dirigida al objetivo preciso (aunque la corte en sus apreciaciones generales quiso dar prueba de una caridad que considero inaceptable) de eludir y anular la profunda revolución liberal anunciada por la carta republicana en el orden de la justicia italiana y en consecuencia del orden general de la constitución italiana.

El orden tradicional de la justicia, surgido de la legislación napoleónica, y soportado no sin malestar por los políticos liberales del "resurgimiento", empeñados en tareas de gran urgencia, hacía de la magistratura, como se ha visto, un cuerpo de funcionarios rígidamente jerarquizado y controlado desde arriba.

No obstante estar atrapados en las redes de la retrasada y antiliberal legislación los magistrados italianos frecuentemente habían escuchado más la voz de su conciencia que la del estímulo de su carrera, actitud con la cual alimentaban una tradición de notable severidad y relativa eficacia técnica. En Italia con frecuencia los hombres son mejores que las leyes. Pero la justicia no puede ser confiada a la fragilidad humana sin el apoyo de verdaderas garantías.

En muchas de sus partes la constitución italiana es objeto de juicios contradictorios, pero, al menos uno de sus títulos, aquel dedicado a la justicia ha logrado consenso y cálidos elogios entre los hombres más ilustres, pertenecientes a opuestos sectores políticos. Luigi Einaudi veía en el nuevo orden prometido a la justicia, el ejemplo más notable de la consistencia del nuevo experimento de democracia liberal. Encontramos la misma inspiración en el proyecto de ley presentado por el honorable liberal Bozzi para la reforma de la ley sobre el consejo superior de la magistratura. Y si nos referimos al sector opuesto, podemos leer un homenaje, no menos fervoroso y explícito, hacia el nuevo orden constitucional de la justicia en la sobria relación que precede al óptimo (y en consecuencia olvidado) proyecto de ley sobre el ordenamiento judicial, presentado en 1960 por los honorables Amadei, Comandini, Ferri, Ferrarotti y restantes diputados socialistas, ajenos a la extraña decadencia reaccionaria de la que es víctima bajo muchos aspectos al socialismo italiano. El concepto de la constitución, como sabemos, es simple, claro y lineal: abolición de la construcción jerárquica piramidal, exclusión del control del poder político sobre la justicia.

La corte con su sentencia prácticamente ha separado al ministro: con ello el Consejo estará indefenso ante las propuestas del ministro y puede remediar de oficio todos los actos de gobierno de la magistratura.⁵ Cae entonces la disposición fundamental de la ley en su objetivo verdadero. El poder de la alta magistratura permanece, pero constituye casi un fin en sí mismo, porque el ministro no lo puede ya ejercer con

eficacia, aunque todavía pueda influir en él. La corte, entonces, ha hecho mucho, aunque no todo. Pero no es justo pedir siempre todo a la corte.

El gran poder de la alta casta judicial, producto del peso desigual en el voto para las elecciones del consejo y de otras artimañas antes mencionadas, desaparece ahora que el autogobierno de la justicia, que ya no debe considerarse como una broma, no tiene siquiera el sentido subrepticio e ilegítimo que le daba la norma declarada constitucional. Las finalidades de la ley, gracias a la sentencia de la corte, no pueden ya ser logradas y el sistema llega a ser contradictorio. Queda al legislador la tarea de reelaborar toda la materia en modo coherente, regresando a la constitución y aceptando sus principios sin otras reservas mentales.

La situación a la que hemos llegado con la sentencia de la corte constitucional es tolerable bajo un aspecto, pero absurda bajo otro. La configuración dada por la ley al consejo superior de la magistratura, con el fin de hacer más fácil el control político sobre el sistema judicial, ahora que el ministro guardasellos ha perdido la iniciativa exclusiva de las disposiciones del consejo, se ha transformado en algo que es difícil defender desde cualquier punto de vista; inclusive desde el punto de vista del poder político. De cualquier manera no podría ser más inconstitucional. Cabría decir que nos encontramos frente a una inconstitucionalidad todavía más flagrante de aquella denunciada justamente cuando la ley estaba intacta.

De hecho se podía hacer creer, en forma engañosa, que la dirección de la justicia por parte del ministro constituía la expresión necesaria del sistema democrático. El ministro investido con la confianza del parlamento, y en teoría subdelegado de la soberanía nacional, podría afirmar su preeminencia y vigilancia aun sobre el campo de la justicia. Con lo que resultaría un ordenamiento piramidal con el ministro en el vértice. Es una lógica de "democracia progresiva", pero sólo una lógica. Su error está en el planteamiento formal, en donde sientan premisas por demostrar, pero que de hecho no son demostrables; mejor dicho, que el buen sentido común y la investigación científica, en perfecto acuerdo, consideran falsas.

De hecho, sabemos bien cuáles y cuántas barreras se interponen entre la presunta y metafísica voluntad popular y el ministro; y cómo el ministro es expresión de una legitimidad democrática muy espuria. Sabe-

mos, además, cómo la democracia puramente aritmética está próxima a la tiranía, y cómo la tiranía de mayoría será siempre la tiranía de alguien que está en posesión de medios eficaces para dominar a la mayoría. Sabemos que un mínimo de efectiva y sustancial democracia no se logra y no se ha logrado nunca a través de estos engaños simplistas sino que, por el contrario, se logra multiplicando los centros autónomos de poder y creando un orgánico equilibrio de poderes. De aquí la necesidad de la autonomía plena y efectiva del poder judicial y de su autogobierno. Autonomía tanto más necesaria y tanto menos peligrosa en cuanto que, como se ha visto durante siglos, el poder judicial es, por su naturaleza, el más débil entre los poderes del Estado y está necesariamente subordinado a las leyes que crean otros poderes. No dispone directamente de armas, de medios financieros, ni de instrumentos (hoy tan temibles) de sugestión y propaganda. Entonces sólo puede obtener (frente a los otros poderes más naturalmente armados) la autonomía necesaria para el cumplimiento de su delicadísimo encargo gracias a la defensa de las garantías individuales, apoyadas por una consciente vigilancia sobre la opinión pública.

El juez debe ser verdaderamente libre para serlo moralmente y (dentro de ciertos límites) también jurídicamente responsable. Si el juez está expuesto a sufrir la sugestión o la imposición de la voluntad de otros, la voluntad que él expresa en sus decisiones no es ya su voluntad, producto de su razón y de su conciencia, y él ya no puede ser considerado responsable. En los países en donde la justicia goza de escasas garantías los jueces paradójicamente trabajan en una esfera de casi completa irresponsabilidad lo cual no ocurre en donde la libertad del juez es garantizada en manera absoluta.⁶

Pero si el juez debe ser del todo independiente frente al parlamento y al gobierno, como quiere la constitución y como lo ha confirmado la corte constitucional, existe todavía un problema de gobierno de la justicia, y la solución de éste consiste en el principio del autogobierno. Ésta es precisamente la selección oportuna y consciente establecida en la constitución, que frente a otros problemas fundamentales aparece incierta y dudosa, pero que frente a este problema aparece explícita y determinante. Autogobierno de la justicia no puede significar, sin embargo, gobierno de la justicia por un limitadísimo número de magistrados "superiores": sería una solución mezquinamente corporativa. Para que el principio del autogobierno sea un principio sano y vital es necesario que se constituya en una participación de todo el cuerpo judicial en la función del gobierno de la justicia. La independencia del

juez frente a los otros jueces es, tal vez, tan importante como la independencia del juez frente al poder ejecutivo.

El problema ha sido soslayado con frecuencia. La defensa del autogobierno de la justicia, a menudo, ha sido malentendido como una forma de abstracta y demagógica igualdad. Se ha dicho que no todos los tribunales son igualmente importantes, por lo que se deberá entonces admitir que los tribunales que deciden en superior y última instancia son los más importantes y que, por lo tanto, la selección de aquellos que componen tales tribunales deberá ser particularmente cuidadosa. Sea entonces. Pero, una cosa es realizar con rigor la selección previa de los magistrados en relación con las funciones (civiles, penales, requisitorias, inquisitorias, de primera o de segunda instancia, de hecho o de derecho, etcétera) y otra, sacar provecho de la jerarquía de los grados de jurisdicción una jerarquía administrativa que someta, en manera más o menos directa, a los jueces de instancia inferior al poder administrativo de los jueces "superiores", y que condene a los jueces al conformismo, como condición necesaria de la "carrera".

En tal hipótesis la misma garantía de los diferentes grados de jurisdicción, del reexamen de las sentencias, pierde su esencia: si el juez inferior tiene necesidad de la benevolencia del juez superior, la sentencia tenderá a adaptarse desde el principio a las orientaciones del juez superior. Vendrá a menos la garantía de una pluralidad efectiva de los grados de jurisdicción en el caso individual. Y una cosa más grave aún, se esterilizará aquel vasto proceso de permanente reexamen crítico sobre las orientaciones jurisdiccionales que hacen la totalidad de los magistrados y que podría aportar grandes frutos de renovación y de liberalización, sólo cuando todos los jueces se sientan profunda y verdaderamente libres, cuando ya no grave sobre ellos la autoridad administrativa y disciplinaria del juez "superior", ni sientan temor reverencial hacia ellos. El juez superior reformará la sentencia que no le guste y haciéndolo se realizará, en sus límites y según la función, el principio de la jerarquía de los tribunales. Pero las corrientes de renovación que se formarán libremente desde abajo y que presionarán los umbrales de los tribunales superiores, ofrecerán impulsos y sugerencias que, aunque vitales y auténticos, acabarán antes o después por ser escuchados. Y éste es el proceso característico a través del cual viene renovándose el poder judicial en los países libres con una justicia libre, como en Inglaterra o (al menos por lo que respecta a la justicia federal) en Estados Unidos.

Suponer que nuestros constituyentes quisieron crear un poder jerárquico-operativo en la corte de casación es absurdo. Si hubiesen querido hacerlo, lo hubieran hecho sin recurrir a artimañas para eludir la vo-

luntad del legislador ordinario. Ellos, en vez de eso, acordaron para el tribunal de casación sólo un limitadísimo y razonable privilegio, que se refiere a la presencia, en el seno del consejo superior de la magistratura como miembro de derecho, del primer presidente y del procurador general de casación. Esto, y nada más.

Los constituyentes, si acaso, estuvieron expuestos a cometer otro error: el de creer ver en el ministro al exponente de la reconstruida democracia, pero tuvieron la sabiduría de evitar decididamente aquel error, del que todavía se puede encontrar, sin embargo, alguna huella en sus trabajos. Pero la idea de confiar el gobierno del poder judicial a la corte de casación no fue y ni siquiera pudo ser tomado en consideración. Entre otras cosas, la restauración de un sistema de democracia liberal ponía a Italia frente al problema de la revisión de un enorme grupo de normas legislativas formadas con fines e ideas antiliberales y con interpretaciones de esas normas igualmente antiliberales. Ya que las altas magistraturas y los supremos tribunales por un hábito mental, tal vez necesario, tal vez útil y de cualquier manera ligado a la naturaleza misma de su función, han sido siempre profundamente conservadores, el hecho de confiar al tribunal de casación un poder tan grande y, tal vez, decisivo hubiera parecido absurdo, y de hecho aquel concepto no encontró adeptos. No sólo la creación del nuevo consejo sino la misma creación de la corte constitucional obedece a este sentimiento radicado en la realidad de los hechos.

¿Por qué la defensa jurídica del nuevo régimen no podía ser confiada al poder judicial ordinario como es confiada al poder judicial federal en Estados Unidos? ¿Por qué se creó la corte constitucional? Porque el poder judicial federal norteamericano había nacido con los otros poderes de la revolución norteamericana liberadora. En tanto que el "resurgido" régimen de democracia liberal italiana se encontraba frente a una magistratura ordinaria cuyo vértice quedaría por mucho tiempo tal como era, así como se había formado con sus virtudes y sus defectos en un largo período histórico de gobierno autoritario y de legislación autoritaria.

Los constituyentes, lo hemos visto, no se engañaron: la historia de nuestro derecho constitucional lo prueba. Las peores leyes dejadas como herencia por el régimen iliberal han sido eliminadas con frecuencia gracias a la sensibilidad constitucional de los magistrados "inferiores" y de la corte constitucional,⁷ a menudo y en casos muy graves contra

el criterio de la casación. El problema no ha sido hasta hoy superado; estamos como al principio. La legislación y la jurisprudencia de un país formado por tradiciones seculares napoleónicas y por veinte años de acción dictatorial no se adecuan, en diez ni en veinte años (como nos confirma la experiencia, desgraciadamente), a las inspiraciones de un régimen de auténtica democracia liberal, alineado con las eficientes democracias de derivación e inspiración anglosajona.

Es éste, entonces, un problema de fondo; uno de los problemas (aunque no el único, desgraciadamente) que condicionan todo el futuro de las libertades italianas.

Ahora es necesaria una ley que reforme a la combatida ley del consejo superior. Debe ser abolida la institución del *concerto* con el ministro; institución que implícitamente ha sido vulnerada por la sentencia de la corte constitucional que afirma el principio de la libre iniciativa autónoma del consejo. Después es necesario eliminar las artimañas con que se ha eludido la soberanía electoral de la magistratura en las elecciones en el consejo. Es necesario reformar el comité de la presidencia y de las comisiones, para que sean expresión del consejo y no expresión de la casación, y esto debiera considerarse vital por lo que se refiere a la sección disciplinaria. Se debe suprimir el derecho de disolución del consejo pero, al mismo tiempo, es necesario proveer para que el funcionamiento del consejo no se imposibilite y se establezcan reglas para que en cualquier circunstancia se pueda expresar siempre legalmente una mayoría y en consecuencia la voluntad del consejo.

En fin, y es una cuestión de principio (pero también lo es de consecuencias prácticas), las decisiones del consejo deben ser inmediatamente ejecutivas; ya que el ministro no es responsable ante el parlamento por las decisiones que tome el consejo en la esfera de sus poderes, la forma que se ha querido imponer a las disposiciones del consejo constituye una evidente aberración lógica que no puede tener otro fin que el de producir abusos e ilegítimas interferencias. Esta aberración, como se ha visto, lleva consigo otra, la de los recursos ante el consejo de Estado contra los actos del consejo. Es oportuno que se establezca un sistema de impugnaciones con el objeto de hacer posible un reexamen, pero que sean impugnaciones internas. Contra las decisiones de las comisiones es obvio el recurso ante el consejo *in plenum*. Y se debe pedir la supresión del extravagante recurso ante la corte de casación contra las disposiciones disciplinarias, contra las decisiones de un cuerpo que expresa la autoridad de toda la magistratura. Aprobar el recurso ante una fracción mínima de la misma magistratura es un contrasentido evidente. Finalmente, deben estar separados los jueces de la burocracia

ministerial. Los jueces deben ocuparse de los juicios y basta; no deben habituarse a trabajar como auxiliares del poder político. Las disposiciones de la ley relativas a la separación de los jueces adjuntos al ministerio o adjuntos a cualquiera oficina extraña al poder judicial, y para cualquier función que no sea la de juzgar deben, entonces, ser suprimidas y prohibidas.

Por otra parte, todos estos problemas parecen más o menos graves, según el modo en que se configurará el nuevo ordenamiento judicial. La ley vigente sobre el consejo superior es inaceptable en todo caso, pero conducirá a consecuencias gravísimas, al "funcionalizar" la magistratura y confiar su gobierno al tribunal de casación (que asumirá el rostro y el carácter de un poder oligárquico-corporativo al interior del Estado liberal-democrático), en la hipótesis de un orden judicial que someta a la magistratura dentro de un sistema jerárquico-administrativo, para exaltar así la discrecionalidad de los poderes del consejo.

Las consecuencias serán más tolerables (aunque negativas de cualquier manera) en la hipótesis (remota por ahora) de un ordenamiento que se asemeje al inglés, es decir, fundado sobre la selección previa de los jueces respecto a las funciones y responsabilidades, pero no sobre la "carrera". Sería un sistema de selección espurio y sospechoso en la medida que se fuera aplicando y sería también un instrumento de jerarquización y de interferencia administrativa.

Encontrar un sistema de selección previa, eficaz, de manera que se pudiera elegir al hombre justo para el puesto, y dejar ejercerlo por toda la vida sin problemas de "carrera", no presenta dificultades técnicas particulares y no contradice, de ningún modo, las diferentes necesidades de las diversas funciones y de la jerarquía de los grados de juicio y menos de una jerarquía a la que, al menos, se le reconocen valores. A este respecto, se podría recordar el ordenamiento del ámbito educativo, en donde existen diferentes funciones, diferentes valores y muchas especializaciones, en donde encontramos profesores de primaria, secundaria y preparatoria, profesores universitarios, y luego, profesores de todo tipo de disciplina. Se llega a los puestos individuales mediante la diferenciación y jerarquía de los concursos pero, no es que se llegue primero como profesor de primaria para que después se convierta en profesor de secundaria y de preparatoria y finalmente en profesor universitario. Cada quien concursa para el puesto para el que piensa estar capacitado, por su preparación y por sus títulos, y permanece en ese grado de la "jerarquía" por toda la vida; salvo que en un cierto momento considere oportuno presentarse y concursar para un puesto diferente o, tal vez, "superior".⁸ Con esto no ejerce un poder administrativo

sobre aquellos que se encuentran en los grados inferiores. ¿Por qué una cosa similar, y con mayor razón, no se podría hacer en el ámbito de la justicia, para conciliar la selección y la jerarquía de los valores con la necesidad de eliminar la influencia corruptora de la carrera? Ciertamente, mi criterio es el de excluir cualquier reclamación contra los sistemas de elección. Esto significaría convertir la justicia en competición facciosa; significaría atentar de otra manera, y muy grave, contra la libertad moral de los magistrados.⁹ Pero sería, tal vez, adecuado para la elección de los jefes de las oficinas judiciales entre el personal de las mismas oficinas, por un tiempo fijo y limitado, no excesivamente breve, con prohibición absoluta de realizar propaganda electoral, escrutinio rigurosamente secreto y prohibición de reelegirse. Y también en este punto tengo ante los ojos el funcionamiento, en conjunto positivo, de la presidencia elegida en nuestras facultades universitarias. Solamente el jefe de una oficina judicial debería tener mayores poderes organizativos que los permitidos a un presidente de facultad, así como un periodo de encargo un poco más largo, tal vez de cinco años, y no debería ser inmediatamente reelegido. El encargo muy breve crea discontinuidad y atenúa la eficacia de los poderes del jefe de la oficina, en tanto que la reelección atenúa la independencia moral. Empero, no hay problema que sea susceptible de una sola solución, y no hay solución sin aspectos dudosos y negativos. Nadie pretende una ley perfecta. Sólo se pretende una ley que no sea deliberadamente contraria a la línea de la constitución, y eso cuenta más todavía que un contraste con las exigencias objetivas de una reorganización civil de la justicia en un país libre y cristiano.

En donde la soberanía del poder judicial tiene sólidas raíces históricas, la jurisdicción constitucional brota espontánea —como lo he referido— de la jurisdicción ordinaria. El juez en el acto de aplicar una norma se asegura que aquella norma exista; es decir, que aquella norma haya sido emanada de conformidad con los procedimientos prescritos o que de cualquier manera esté inserta válidamente en el ordenamiento jurídico. Pero, no se preocupa solamente de esto. Vigila también la jerarquía entre normas jurídicas y su respuesta a las tradiciones y a los principios; no aplica una reglamentación que ofenda a la ley, ni una ley ordinaria que viole, en la letra o en el espíritu, a la constitución, ley constitucional o principio constitucional fundamental, aunque el procedimiento de emanación de la norma parezca formalmente perfecto.

La decisión vale para la controversia decidida, sólo entre las partes de un litigio; pero, de la repetición de las decisiones surge una costumbre judicial que en el hecho invalida la norma misma, produce una eficacia general en la sustancia y no en la forma. Así ha surgido la jurisdicción constitucional de la suprema corte norteamericana. Y nada hubiera evitado delegar en la magistratura ordinaria italiana el juicio de constitucionalidad ya sea formal o sustancial, para imitar al sistema norteamericano. El juicio de constitucionalidad sustancial no podía ser ejercido en el sistema albertino (además de las razones históricas referidas) por carecer de una constitución formal, escrita y rígida, y en consecuencia una jerarquía entre ley ordinaria y ley constitucional; faltaba al juez la posibilidad de comparación. Todo aquello que el juez podía y debía hacer era constatar si la ley *existía*, es decir, si había sido emanada en la forma prescrita. Pero, hoy, tenemos, como los norteamericanos, una constitución escrita, rígida, que también ofrece al juez ordinario la posibilidad de la comparación.

Sin embargo, la experiencia de un veintenio en el que la magistratura ordinaria ha mostrado, en sus grados supremos, tan escasa aptitud técnica para defender la constitución y tan escasa voluntad política para aplicarla, además de las políticas contrarias a la aplicación estricta de la parte de la constitución que garantiza la independencia de la magistratura, inducen a pensar que ha sido acertado el paso dado por el constituyente al confiar la jurisdicción constitucional a un juez *ad hoc*: la corte constitucional. Por otra parte, esta solución al hacer ineficaz *erga omnes*, y no sólo entre las partes de un litigio, la norma declarada ilegítima pone en evidencia —más aún que en el caso norteamericano— el contenido sustancialmente legislativo de la decisión de la corte y, en consecuencia, el repudio de la idea sobre la omnipotencia del parlamento, y lo considera como cualquier otro órgano del Estado, obligado a respetar el derecho.¹⁰

Constitución rígida, justicia constitucional, división de poderes, son aspectos de una misma idea, enraizada en la sustancia más viva de la experiencia liberal anglosajona, inconciliable con el absolutismo democrático de derivación jacobina. No causa sorpresa que hayan sido necesarios casi diez años para que la corte constitucional comenzara a funcionar. Sí, sorprende, si acaso, que la resistencia natural al sistema de aplicación (es decir, del sistema que se expresa por las instituciones de la constitución aplicadas de inmediato) no haya podido impedir un acontecimiento que debería llevar consigo la aplicación de toda otra serie de instituciones y en consecuencia revolucionar en su conjunto la constitución de hecho. Sin embargo, reflexionándolo bien, este aconte-

cimiento se produce sólo cuando por causas internas del sistema, la constitución de hecho, que había sostenido al país en los primeros años, había entrado en crisis espontáneamente. En ese momento la indicación contenida en la constitución escrita ha ofrecido una solución posible.

La estructura que la constitución confiere a la corte constitucional tal vez no sea como para colocar a este colegio a salvo, tanto como se hubiera querido, de las influencias parlamentarias, al menos, en un primer momento. Son quince jueces, designados dentro de ciertas categorías calificadas: un tercio de las supremas magistraturas ordinarias y administrativas, un tercio por el parlamento en sesión conjunta y un tercio por el jefe de Estado. Por vías mediatas e inmediatas, aquella parte de los jueces de derivación parlamentaria podría ejercer alguna influencia sobre la corte. Pero, la larga duración del encargo,¹¹ doce años, equivale en la práctica a casi un cargo vitalicio y está destinada a crear una brecha entre el parlamento y la corte, siempre en aumento por la movilidad que debiera caracterizar al primero y la estabilidad de la segunda. Se podría esperar por ello que la corte se ubique gradualmente, cada vez más, a la altura de su noble tarea, siempre y cuando la hostilidad persistente de la partidocracia y del parlamento, siempre fecundos en malas actuaciones y omisiones legislativas, no logren desautorizarla y hacer difícil su funcionamiento, estabilidad e independencia.¹² Si la corte logra superar tales insidias —y depende del país entero si lo logra o no— las consecuencias serán profundas, ya sea en relación con el equilibrio de las instituciones constitucionales, o en relación con la concretación de los límites constitucionales y la educación del país sobre el respeto al derecho.

Un juicio menos positivo podría surgir del último encabezado del artículo 135, en donde se establece que en los juicios de acusación contra el presidente de la república y contra los ministros intervengan, además de los jueces de la corte, dieciséis miembros elegidos, al inicio de cada legislatura del parlamento en sesión conjunta, entre aquellos ciudadanos que reúnan los requisitos para ser elegidos como senadores. A decir verdad, esta disposición burda y facciosa, que cancela prácticamente cualquier diferencia entre acusador y juez y asfixia a la corte con esa mayoría de dieciséis delegados procedentes del mismo parlamento que ha votado por iniciar el juicio de acusación, armonizaría mejor en el contexto de una constitución democrático-liberal. Pero ya una ley constitucional (la ley de 11 de marzo de 1953) ha atenuado su iniquidad. Dice el artículo 10 de esta ley:

El parlamento, con las mismas modalidades establecidas para la de-

signación de los jueces de la corte constitucional, reúne cada doce años un elenco de personas entre las que se sortean, en caso de necesidad, a los jueces agregados, quienes deben participar en los juicios de acusación contra el presidente de la república, contra el consejo de ministros y contra los ministros.

Tal vez a primera vista el progreso sustancial no aparece, pero la diferencia es muy grande. Ya no es la "legislatura", es decir, el parlamento el que transmite, a través de dieciséis hombres de su confianza apenas o hace poco elegidos, sus consignas políticas a la corte constitucional. Aquí hay una lista formada cada doce años por elección; lo que hace resurgir, entonces, en cierta medida, al juez preconstituido, al juez natural. Esta lista podrá ser formada por un parlamento anterior al que formule la acusación y el sorteo debilitará todavía más el vínculo entre el grupo de dieciséis parlamentarios y el parlamento en funciones. Se observa inmediatamente que el progreso será sustancial si la acusación ocurriera mucho tiempo después de la formación de la lista. En cambio, el progreso sería mínimo si el mismo parlamento que formule la lista de posibles jueces tuviera que presentar la acusación.

Sin embargo, todo esto, no es satisfactorio y causa sorpresa y hasta tristeza que ninguno de los partidos, que reivindican la herencia del pensamiento liberal, haya manifestado hasta ahora la necesidad de hacerla surgir, demandando una reforma radical de toda la institución. De cualquier manera es necesario, mientras tanto, tomar al menos la parte buena que hay en la ley y evitar sus peores aspectos. Con esta finalidad fue demandada, con insistente energía, que se pusiera fin a la obstrucción deliberada —*nec sine causa*— hacia la ejecución de cuanto estuviera prescrito en la enmienda. Parecía necesaria la elección inmediata de las personas que se debieran inscribir en la lista, para ampliar lo más posible el tiempo entre la elección y el eventual funcionamiento de la corte constituida en sede penal. Y debido a que la ley constitucional no señala cuántos deban ser los elegidos —entre quienes se sortearán después, de ser necesario, los jueces extraordinarios— se demandaba que se fijara un número muy amplio para que el sorteo pudiera ejercer la acción de antídoto. Es decir, que en definitiva estos jueces extraordinarios también resultaran lo más posible jueces, es decir, conciencias humanas libres y no ciegos mandatarios de órdenes ocultas. El obstruccionismo duró varios años y no hubo modo de superarlo durante la presidencia de Gronchi, tanto así que alguien, con razón o sin ella, pensó que no se quería renunciar a una arma intimidatoria contra un presidente dinámico, quien no mostraba una absoluta entrega hacia la partidocracia pseudoparlamentaria. Terminada la pre-

sidencia de Gronchi y persistiendo una violenta campaña de prensa que denunciaba lo grave de la omisión, finalmente el número de los componentes enlistados entre los elegibles por sorteo fue fijado en 45 y éstos fueron elegidos efectivamente por el parlamento en sesión conjunta una vez hechos los entendimientos habituales entre los aparatos de los partidos.¹³

NOTAS

¹ Recordemos las enormes palabras de Einaudi, citadas por Calamandrei ("La costituzione", en *Dieci anni dopo*, citado en p. 306): "La arbitrariedad policiaca había disminuido a principios de siglo; pero el instrumento estaba listo. Y ese instrumento, aun descompuesto, está listo, si no lo convertimos en un simple órgano de la justicia para la prevención de los delitos y el descubrimiento de sus autores, para servir a nuevos tiranos y a nuevos comités de salud pública." El no haber entendido la trágica gravedad de esta advertencia y de todas sus implicaciones está el límite de De Gasperi, aunque a los ojos de quien no puede y no quiere olvidar sus grandes méritos. Es muy cierto, como afirmaba Calamandrei (*op. cit.*, p. 307) que "las libertades civiles y políticas en el primer decenio de este siglo bajo el Estatuto Albertino estaban mejor garantizadas que en estos últimos años (Calamandrei escribía en 1955) bajo la constitución republicana", aun siendo entonces también mal garantizadas, como hemos visto. En este periodo reciente las libertades fundamentales han sido relativamente practicadas y respetadas pero no *garantizadas*. Y, justamente, Calamandrei recordaba la ley de la seguridad pública en la que, si bien, la constitución republicana no preveía el estado de sitio, seguía permitiendo "al ministro del interior y a sus prefectos como delegados suyos, el poder de declarar el *estado de peligro público*, con la consecuente e ilimitada supresión de todas las libertades individuales". Sólo con la entrada en vigencia de la corte constitucional y con el inicio de su actividad, esta carencia absoluta de garantías (a la que la magistratura ordinaria había buscado de poner remedio bajo diferentes inspiraciones, pero en el conjunto con cierta valentía y equilibrio) comenzaba, al menos en parte, a ser sanada gradualmente.

² Ver Maranini, G., "L'attività giudiziaria", en *I problemi di Ulisse: Come riformare le istituzioni*, Firenze, 1966, p. 133 y ss. Para una investigación clara y sintética sobre el ordenamiento judicial, según la constitución italiana, se recomienda a Padovani, F., y A. Cremonini, *Lineamenti costituzionali dell'ordinamento giudiziario*, Roma, Stir, 1963.

³ Cheli, E., ("Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale", en *Studi economico-giuridice*, vol XLIV, t. I, 1966, p. 155 y ss.) que atribuye al consejo superior de la magistratura, después de una investigación teórica sobre los criterios de clasificación de los órganos estatales, la naturaleza de órgano de relevancia constitucional respecto a los ministros en lo individual, al tribunal de cuenta y al tribunal de casación. Pero, para mí, queda claro que es órgano constitucional todo aquel que, no teniendo superiores en determinada esfera, expresa en esa esfera en modo definitivo la voluntad soberana del Estado. Esto es, sin duda, según la constitución escrita (aunque no lo sea, tal vez, según la aciaga ley de la aplicación), el consejo superior de la magistratura.

⁴ El problema de la independencia efectiva de los magistrados implica el celoso reclamo a la conciencia individual del juez en lugar de la obediencia pasiva hacia la directiva política del gobierno o de la jerarquía judicial y que con frecuencia son más o menos coincidentes. Enfrenté este tema vital, consciente de suscitar una

tempestad y de exponerme a malentendidos de la jerarquía judicial, o del poder político, en mi intervención ante el XII congreso nacional de magistrados en Gardone Riviera, del 25 al 28 de septiembre de 1965. (Ver en la *Rassegna parlamentare*, núms. 10 al 12 de 1965, el texto de la intervención "Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione".) Se instauraba sobre las páginas de la *Rassegna parlamentare* una polémica cortés con el presidente de sección del tribunal de casación, Giovanni Colli: Cfr., Colli, "Parlamento e Corte Costituzionale", *ibid*, 1966, núms. 1-2, pp. 69-79; Maranini, G., "Magistratura e indirizzo politico", *ibid*, núms. 3-5, pp. 289-295; Colli, G., "Magistratura e indirizzo politico", *ibid*, núms. 3-5, pp. 295-299. La polémica cortés la concluía yo con una carta pública en la *Rassegna parlamentare*, 1966, núms. 6-8, pp. 399-404. Para el comentario de la intervención consultar a Armaroli, P., "Funzioni giurisdizionali e indirizzo politico nella Costituzione", en *Rassegna parlamentare*, 1965, núms. 10-12, pp. 508-528. En seguida de mis artículos "La coscienza del giudice" y "La funzione del giudice" publicados en *Il Corriere della Sera* de 8 y 27 de octubre de 1965, respectivamente, se desarrolló otra polémica sobre el mismo objeto entre mi persona y el profesor Giovanni Leone, ya entonces presidente de la cámara, con sus artículos publicados en *Stampa*, "I giudici e le leggi", el 30 de octubre de 1965, "Politica e Magistratura", el 3 de diciembre de 1965, y también "Magistratura e politica", el 16 de diciembre de 1965. Ver mis réplicas en el mismo diario en los números de 5 de noviembre y 16 de diciembre de 1965.

⁵ En materia de justicia en Italia, el ministro aún conserva importantes y peligrosas posibilidades legales de intervención eficaz. Baste recordar la situación, nada tranquilizante, de la acusación pública (y envío sobre esto a las actuaciones públicas en *Dialectica*, número 3, de mayo y junio de 1966, pp. 98 y ss.) del convenio romano del 27 de abril de 1966 y a mis dos artículos en *Il Corriere della Sera* de 23 de abril de 1966 ("Il pubblico ministero") y de 27 de abril de 1966 ("Abolire il dominio politico sui magistrati dell'accusa"); o la institución (que se niega a morir) del "acuerdo" con el ministro para el otorgamiento de los cargos directivos (artículo 11, párrafo 3, ley de 24 de marzo de 1958); para las asignaciones de magistrados al ministerio o a otros encargos (artículo 15).

⁶ La casi completa inamovilidad del juez inglés es ciertamente, si no la única, la primera razón de su libertad. Desde el 1701, año en el que fue garantizada la seguridad en el cargo al juez de los tribunales superiores ingleses, sólo una vez ha sido destituido un juez (por apropiación indebida de dinero público). Igualmente, en los últimos cien años no se conocen casos de destitución de jueces, en los tribunales inferiores (menos garantizados respecto a los de los tribunales superiores). Sobre el tema véase las intervenciones realizadas por Howard, G., y por Smith, S. A., en el simposio sobre "Ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura" dirigido por Maranini, G., publicado en *Magistrati o funzionari?*, Milano, Comunità, 1962, esp. en las pp. 131, 142; cfr., también, G. Pincherle, "L'ordinamento giudiziario in Gran Bretagna", en *Indagine sulla magistratura italiana* (bajo el cuidado del ISLE), Milano, Giuffrè, 1965, p. 301 y ss.

⁷ Aquí es oportuno hacer una breve reseña de la principal jurisprudencia de la corte constitucional en materia de derechos de libertad civil y de igualdad. Según la corte constitucional (sentencia de 26 de enero de 1957, número 3, seguida por otras numerosas) y según jueces ordinarios (casación III, de lo civil, 30 de junio de 1954, núm. 2261, en *Ciur. It.*, 1955, I, 1, 655 y ss.) el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley no impide al legislador dictar diversas disciplinas para regular situaciones que considera diferentes a su juicio, adecuando las normas a los diferentes aspectos de la vida social, siempre y cuando eso sea hecho para

categorías de destinatarios y no *ad personam* y respetando los límites impuestos por el artículo 3 sobre la discriminación por cuestión de raza, sexo, lengua, religión, opinión política, condición personal o social. Más bien la corte ha afirmado (14 de julio de 1958, núm. 53, en *Giur. Cost.*, 1958, 603 y ss.) que en base al artículo 3 de la constitución, a situaciones diferentes no puede ser impuesta idéntica disciplina y una ley que lo hiciera sería ilegítima. La corte ha precisado además (en la única sentencia citada) que la evaluación de las diferentes situaciones sí está reservada al poder discrecional del legislador y substraída al juicio de legitimidad constitucional; pero, la declaración de ilegitimidad de una norma con la que el legislador somete a una indiscriminada disciplina situaciones que él mismo considera y declara diferentes, no permite evaluaciones de naturaleza política ni control sobre el uso del poder discrecional del mismo legislador. Finalmente, la corte ha afirmado que el principio de igualdad se viola cuando en la prueba de una situación determinada se revelan signos que transforman la discrecionalidad legislativa en arbitrio manifiesto. De cualquier modo, la corte ha mostrado la tendencia (explicable dada la dificultad de aducir argumentos poco creíbles en favor de las arbitrariedades o no arbitrariedades) de salvar las leyes de la censura de ilegitimidad por violación del principio de igualdad ante la ley. En cambio, es menor la resistencia de la corte a reconocer la invalidez de las leyes que no son genéricamente contrarias al principio de igualdad ante la ley sino específicamente a la prohibición de ejercer las discriminaciones señaladas por la constitución: específicamente relativas a la discriminación por razones de sexo. La corte, de hecho, ha admitido que el sexo puede constituir un requisito de actitudes, es decir, condición que hace presumir, sin necesidad de pruebas ulteriores, la idoneidad de los pertenecientes a un determinado sexo para cubrir ciertos encargos públicos y la correspondiente falta de idoneidad de los pertenecientes al otro sexo (sentencia de 18 de mayo, núm. 33, en *Giur. Cost.*, 1960, p. 564 y ss.). Menos aceptable todavía aparece luego la jurisprudencia de la corte, siempre sobre las discriminaciones por razones de sexo, en materia de adulterio y concubinato; en donde ya se ha reconocido como válida una disciplina legislativa notablemente más gravosa para la mujer que para el hombre. Por otra parte, sucesivamente se ha dado un cambio en la jurisprudencia sobre el tema de la igualdad entre los cónyuges con la sentencia del 22 de febrero de 1964, número 9, con la que la corte ha declarado la ilegitimidad del artículo 574 del código penal. La corte (sentencia de 3 de julio de 1956, núm. 11, en *Giur. Cost.*, 1956, p. 612 y ss.) ha dicho que el derecho de la libertad personal no debe entenderse como poder ilimitado de la persona física sino como pretensión para que el opuesto poder de coerción personal del Estado sea ejercido en el ámbito del principio de legalidad restringida, es decir, en circunstancias determinadas y con el respeto de las formas debidas. Pero el efecto principal del artículo 13 (en la misma sentencia), dicho por la corte, es la inmediata sustracción a la autoridad administrativa de la competencia para conocer sobre las materias indicadas por el mismo artículo 13, ya que la garantía jurisdiccional es el instrumento mediante el cual el mismo derecho de libertad adquiere consistencia jurídica. De conformidad con estos principios la corte declaró la ilegitimidad constitucional de las normas del TULPS relativas a la admonición, en cuanto a la que atribuían a la autoridad administrativa, y no a la judicial, poderes de restricción a la libertad personal (en la citada sentencia núm. 11 de 1956; la ilegitimidad del artículo 4 del TULPS sobre la importancia de los indicadores, en la parte en la que tales disposiciones permiten restricciones a la libertad personal por parte de autoridades de seguridad pública (sentencia del 27 de marzo de 1962, número 30); la ilegitimidad de la traducción coactiva en caso de repatriación obligatoria y cuando ésta no haya sido impuesta por la autoridad judicial (sentencia número 2 de 1956). La corte ha precisado, además, que el artículo 13 concierne sólo a las garantías supremas del *habeas corpus*, en donde

no excluye que puedan ser impuestas prestaciones personales (sentencia del 15 de julio de 1959, núm. 49, en *Giur. Cost.*, 1959, p. 778 y ss.); las que, bien entendidas, podrán ser legítimamente impuestas sólo si es respetada la reserva (relativa) de ley del artículo 23 (sentencia del 23 de marzo de 1960, núm. 12, en *Giur. Cost.*, 1960, p. 113 y ss.). Sobre la libertad de tránsito y de residencia hay igualmente algunas importantes decisiones de la corte. Sobre la repatriación, con hoja de salida obligatoria, la corte estableció (sentencia de 23 de junio de 1956, núm. 2) que ello no significaba por sí un contraste con la constitución sino que debe fundarse sobre hechos concretos de sanidad o de seguridad, no sobre méritos sospechosos y debe ser motivado. Sucesivamente las nociones de "sanidad" y "seguridad" han sido ampliadas hasta comprender, en sustancia, la "moralidad pública" del artículo 2 de la ley del 27 de diciembre de 1956: la sentencia de 28 de diciembre de 1962, núm. 126 (en *Giur. Cost.*, 1962, p. 1542) es, por otra parte, una sentencia interpretativa porque las manifestaciones inmorales que pueden legítimar la disposición deben resultar perjudiciales también para la sanidad o crear situaciones ambientales favorables al desarrollo de la delincuencia común; en sustancia, aquí se habla de prostitución. En relación a la expatriación sin pasaporte determinado, por motivos políticos, la corte la considera ilegítima, relacionando con el artículo 16 (y a la indiscriminación por razones políticas) el agravante del artículo 158 del TULPS. Por lo que respecta a la libertad de reunión, la corte una vez reconocida la obligación del anuncio de que está limitado sólo a las reuniones en lugar público, ha declarado la ilegitimidad del artículo 18 del TULPS (en la parte relativa a las reuniones en lugar abierto para el público) (sentencia de 8 de abril de 1958, núm. 27, en *Giur. Cost.*, 1958, p. 115 y ss.). La amenaza de penas para la sola falta de aviso (prescindiendo de los motivos de seguridad e integridad política) ha sido reconocida como legítima en relación al artículo 17 de la constitución (ordenamiento de 7 de marzo de 1960, en *Giur. Cost.*, 1960, p. 88 y ss., sentencia de 11 de julio de 1961, núm. 54, *Id.*, 1961, p. 1058 y ss.).

En el tema de la libertad religiosa, la corte constitucional estableció la legitimidad del artículo 1, decreto real de 28 de febrero de 1930, núm. 239, en cuanto exige la autorización gubernamental para la apertura de templos y oratorios destinados a cultos no católicos (sentencia número 59 de 1958); del artículo 2 del mismo decreto real, que sometía el ejercicio de la facultad de realizar ceremonias religiosas de cultos no católicos a la condición de que la reunión fuera presidida o autorizada por un ministro de culto cuyo nombramiento hubiese sido aprobado por el ministro competente (misma sentencia). En cambio, rechazó las excepciones de ilegitimidad relativas al juramento (sentencia del 13 de julio de 1950, núm. 58; 8 de junio de 1963, núm. 85). Sobre la libertad de manifestar el pensamiento la jurisprudencia de la corte es de lo más indeseable. Así, la sentencia de rechazo sobre el artículo 656 del código penal (noticias exageradas, falsas o tendenciosas, tendentes a turbar el orden público) que introducía el límite del orden público (inexistente en la constitución) (16 de marzo de 1962, núm. 19); así, la otra sobre la propaganda anticonceptiva (19 de febrero de 1965); así, en fin, también aquella sobre la apología del fascismo (26 de enero de 1957, núm. 1, y 6 de diciembre de 1958, núm. 74). Sin embargo, se reconoce que la primera sentencia de la corte que declaró ilegítima casi la totalidad del artículo 113 del TULPS, se refería a la libertad de manifestación del pensamiento. Ni criticable parece la sentencia número 40 de 1960, con la que la corte rechaza una excepción de legitimidad constitucional del artículo 57 del código penal sobre la responsabilidad del director del diario (excepción motivada por consideración de que tal responsabilidad comporta una forma de autocensura). Entre las otras sentencias, la más importante es relativa a la radio-televisión (núm. 59 de 1960); en la que la corte rechaza la excepción de ilegitimidad del monopolio, motivado sobre la limitación natural de

la disposición de tal medio de difusión y sobre los fines que tienen (o debería tener) el monopolio.

La corte ha establecido que el derecho a la defensa, en cualquier estado o grado del procedimiento, debe ser entendido como potestad efectiva de asistencia técnica y profesional en el desarrollo de cualquier procedimiento, de modo que esté asegurado el "contradictorio", y sea removido cualquier obstáculo para hacer valer las razones de las partes. Sin embargo, todavía las modalidades del ejercicio del derecho de defensa son reguladas según las características especiales de la estructura de los procedimientos individuales; lo esencial es que estén asegurados el objetivo y las funciones antes señaladas (sentencia del 18 de marzo de 1957, núm. 46, en *Giur. Cost.*, 1957, p. 587 y ss.). En particular, la corte después ha precisado que la defensa es un verdadero y propio derecho, que implica la posibilidad de garantía de tutela judicial (22 de diciembre de 1961, núm. 70). A continuación ha precisado todavía que el derecho se refiere exclusivamente al juicio ante la autoridad judicial y no se extiende, en consecuencia, a momentos anteriores al juicio mismo (16 de febrero de 1963, núm. 10) ni a disposiciones de naturaleza administrativa (ordenamiento de 12 de noviembre de 1963, núm. 146). Sin embargo, la corte ha precisado que eso también debe estar asegurado en los órganos adjuntos de jurisdicción especial (22 de noviembre de 1962, núm. 92). Sobre el derecho de defensa, la jurisprudencia de la corte, conforme a los principios antes mencionados, es muy rica. Entre las sentencias más célebres se recordarán las relativas a los expedientes (de 1965, números 11 y 52) y al *solve et repete* (sentencia núm. 21 de 1961, seguida por otras numerosas).

Sobre el principio de la legalidad e irretroactividad de las penas, la corte constitucional ha negado la legitimidad de las leyes penales interpretativas, en cuanto retroactivas (sentencia núm. 118 de 1957) y ha asegurado que establecer penas proporcionales al valor del bien que constituye el objeto de la tutela no constituye una violación del principio de legalidad (sentencia núm. 15 de 1962).

En cambio, no hay una jurisprudencia particular de la corte constitucional en mérito de la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y al secreto de la correspondencia, y a la libertad de asociación. Para todo el procedimiento de actuación constitucional se envía a la clara exposición de Barile, Paolo, *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 54 y ss.). Las reservas que sugieren las numerosas sentencias, nada quitan a nuestro juicio conjunto sobre la afortunada actividad de la corte constitucional; tal vez el único juicio entre nuestros órganos constitucionales que ha correspondido plenamente a sus objetivos. Considérense también las dificultades que la corte ha tenido que enfrentar por el celo intolerable —aunque inerte, por lo demás— de un ambiente político que sufre pero no acepta la constitución y los límites que de ella derivan, y contra el gobierno paternalista y la concentración del poder en sedes indebidas; el gobierno sostiene, habitualmente a través de la abogacía del Estado, ante la corte la tesis inconstitucional; el parlamento (y el gobierno) descuidan la educación constitucional, descargando en la corte responsabilidades políticas que a ellos corresponden, teniendo además a la corte constitucional bajo la encubierta y persistente amenaza de paralizadoras, y seguramente deseadas, acciones y omisiones contra ella; el tribunal de casación (nostálgico de su antigua posición de supremo y exclusivo tribunal) nunca quiere colaborar; el procedimiento mismo permite a la corte juzgar sobre leyes inconstitucionales a menudo con enorme retraso y cuando ya han generado imponentes y casi irreversibles hechos y ha propiciado la creación de fuertes intereses. Muchos son, además, los obstáculos acumulados sobre el camino de la corte constitucional. Si se tiene en cuenta todo esto, habrá que sorprenderse no de las insuficiencias de la corte, sino más bien de su noble valentía y de la validez —sumado todo— de su acción. Sin ella, no lo olvidemos, la única realidad constitucional italiana sería la restauración del régimen de asamblea con el agravante de sus "correcciones" par-

tidocráticas. El funcionamiento, con frecuencia tan importante y positivo, de la presidencia de la república, hubiera sido tal vez imposible frente a un poder parlamentario cuyos abusos no hubieren sido refinados por la corte. También la acción de la magistratura ordinaria "inferior" y "media" tan valiente y decidida y fiel en su conjunto a la constitución —a pesar de algunos comportamientos en su vértice— hubiera sido fácilmente paralizada, sin la corte constitucional, mediante la confluencia de las tradiciones de control político y de control jerárquico heredadas por el antiguo ordenamiento. No se olvide que sin la famosa sentencia de la corte constitucional, el guardasellos, es decir el ejecutivo, tuviera hoy todavía *dominus* exclusivo sobre toda disposición administrativa y disciplinaria frente a los magistrados.

⁸ El único punto verdaderamente débil del sistema es la elección de los miembros de las comisiones de concurso. Si las comisiones se formaran mediante sorteo entre profesores de escalafón, el sistema sería casi perfecto. Esta experiencia se debe tener presente en los futuros debates sobre los ordenamientos de la magistratura.

⁹ La misma elección de los miembros del consejo superior de la magistratura me deja perplejo aunque está conducida dentro del espíritu de la constitución. Tendría más confianza en un sorteo en el ámbito de magistrados con amplia experiencia, es decir, calificados sobre todo por una moderada ancianidad, aunque es la menos mala entre todas las calificaciones.

¹⁰ En el capítulo "Le pouvoir et le droit" de su libro tan inteligente y libre sobre *Du Pouvoir* (Genève, Bourquin ed., 1945), Jovenel, B. de, pone en evidencia con gran claridad cómo de una serie de falsos planteamientos filosóficos (y de eventos históricos) haya brotado el espantoso absolutismo que reduce el derecho a la ley, monopolio exclusivo de asambleas irresponsables y falsamente representativas. Culto al derecho escrito, "positivo", confusión de poderes en favor del cuerpo "legislativo" que subordina y domina gobierno y justicia, en espera de que un gobierno aproveche la situación y domine asambleas y justicia. Tales son las raíces de las inhumanas dictaduras contemporáneas, latentes en los periodos de desorganización del poder, trágicamente explícitas en los periodos de reorganización del poder: de un poder que por sus premisas es el más absoluto que la historia de la humanidad haya conocido. Dice De Jovenel: "¿Qué cosa es el derecho?, preguntémoslo a los juristas: la mayor parte responderá que el derecho es el conjunto o el resultado de las reglas de conducta emanado de la autoridad competente... Así —concluye De Jovenel— nos encontramos en un círculo vicioso: la autoridad política debe ser justa, es decir, actuar en conformidad con el derecho. Pero el derecho, nos dicen, es sólo el conjunto de las reglas emanadas de la autoridad política. La autoridad que emana las leyes es entonces justa por definición. ¡Qué sofisma!" Y más adelante: "La marea creadora de las leyes modernas no crea el derecho. Estas leyes son producto del empuje de los intereses, de la fantasía de las opiniones, de la violencia de las pasiones. Risibles en su desorden, cuando son la obra de un poder siempre más extendido, pero siempre más débil por la disputa entre las facciones; odiosas en su orden inicuo cuando emanan de un poder reunido en una mano brutal. No merecen y no obtienen otro respeto que el que está fuera de la coerción que ellas procuran. Son antisociales todas porque están fundadas sobre un concepto falso y mortal de la sociedad. No es verdad que el orden de la sociedad deba ser enteramente creado por el poder. Son las creencias y las costumbres las que hacen la mejor parte. Ni aquéllas, ni éstas, deben ser puestas eternamente bajo cuestión; su relativa estabilidad es condición esencial de felicidad social..." Y de estas consideraciones De Jovenel llega a hacer suyas las grandes palabras de Duguit: "Poco importa la noción que se forma del Estado... Es necesario afirmar enérgicamente y en manera insistente

que la actividad del Estado en todas sus manifestaciones está limitada por un derecho superior a ellos; que hay cosas que el Estado no puede hacer y otras que debe hacer; que este límite no se impone sólo a éste o a aquel órgano, sino al Estado mismo... Es esencial comprender y afirmar con indefectible energía que existe una regla de derecho, superior al poder público, que lo limita y le impone deberes." ¿Cómo defender, entonces, sobre el terreno político la supremacía del derecho frente al poder? ¿Cómo hacerlo, sino "Formulando expresamente sus reglas supremas e instituyendo una autoridad concreta frente a las leyes con el derecho, rechazando aquellas que lo ofenden? Es el sistema que el jurista norteamericano Marshall ha sabido aplicar en 1803 en Estados Unidos. Contra la ley que ofende los derechos garantizados por la constitución el ciudadano recurre a la justicia; y, en última instancia, la corte suprema dirige las consecuencias de esta ley contra el que la exige. Así que la ley, convertida en inaplicable, cesa de existir."

Se podía replicar que también la constitución es una producción legislativa, derecho escrito, y que también los tribunales federales y la misma corte suprema norteamericana son poderes y órganos del Estado. La objeción puede parecer exacta y definitiva, pero en verdad es superficial y no es concluyente. Es a través de la autoridad de los jueces *no dependientes del ejecutivo ni de algún otro poder*, que la autoridad de la ley escrita ha encontrado en Inglaterra un límite tan poco visible cuanto insuperable, máxime por lo que se refiere a los máximos principios anhelados en las creencias y en la costumbre, en los fundamentos esenciales del derecho común. En donde existen jueces *individualmente* libres la interpretación judicial de la ley escrita no se da nunca (lo cual sí ocurre donde los jueces son funcionarios del legislativo o del gobierno, o de los dos poderes confundidos y reunidos), ni la burda y total imposición de la ley (escrita) sobre el derecho, sino al contrario, mediante la interpretación judicial de la ley, el derecho la filtra, la modera, la modifica y tal vez la pone en desuso o la hace silente. Al límite, está el juicio sobre la constitucionalidad de la ley, confiado a los jueces ordinarios o *junto* a éstos, a un juez especial que como los jueces ordinarios goza de independencia soberana. Aunque los jueces, ordinarios y constitucionales, son necesariamente desde el punto de vista formal órganos del Estado, en verdad cuando su independencia individual está garantizada verdaderamente, expresan necesariamente el sentimiento y la voz de la sociedad de la que provienen y de la que forman parte, son órganos de la sociedad antes que órganos del Estado. La ley permanece, pero está limitada y atemperada por el derecho. Y aunque es verdad que también las constituciones son leyes formales, y al menos en apariencia derecho escrito del Estado, no es también menos cierto que al sentar los grandes principios, las sumas garantías, los valores supremos, las constituciones usan necesariamente un lenguaje que excede el estrecho tecnicismo jurídico; y que al afirmar solemnemente los principios, no pueden violentar la conciencia común —verdadera fuente y límite del derecho— lo cual sí puede ocurrir al detallar las leyes y más todavía al interpretarlas y aplicarlas cuando el juez que las aplica no sea libre sino que esté sometido al poder que legisla (gubernativo o asambleísta). Por ello, cuando después de la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial los italianos y alemanes intentaron garantizar la libertad de los jueces individuales y crearon además un órgano soberano de justicia constitucional, cuando en sus constituciones escritas hablaron del derecho antes de la ley (como los alemanes) o subrayaron la existencia de "derechos inviolables" como los italianos, verdaderamente crearon las bases de una revolución liberadora, de una redención ante el dominio del absolutismo madurado lentamente en las monarquías continentales y explotado más tarde en los regímenes de asamblea que habían exagerado su peor herencia. Y es por ello que los devotos del poder dentro y fuera del orden judicial, en nuestro país y en todas partes, reaccionan con tanta irritación contra estos aspectos de las nuevas constituciones. Prueba de tal sufrimiento revelador son precisamente las reac-

ciones de políticos y jueces "superiores" ante mi intervención (citada) en el congreso de Gardone de la Asociación Magistrados (del 25-28 de septiembre de 1965).

Quisiera que bajo este aspecto fuera meditado un pasaje de Friedrich, del que emergen con gran claridad todas las implicaciones de un sistema constitucional en el que los jueces sean verdaderamente libres y no ciegos ejecutores sometidos por las "obras de justicia" del poder, y adoradores acríticos de aquel derecho escrito que invocado —en parte con fundamento— como instrumento de certidumbre jurídica se convierte en la fuente más temida y perniciosa de incertidumbre jurídica y moral, si su aplicación no es filtrada a través de la conciencia de *jueces libres*, es decir, de hombres que moralmente sean responsables y no estén dispuestos a traicionar su responsabilidad con el cómodo pretexto del culto a la norma escrita. "Los orígenes de la idea de una independiente interpretación judicial del derecho —escribe Friedrich— son investigadas en la Inglaterra medieval... Coke y otros defensores de la supremacía del derecho en el siglo diecisiete, reivindicaron el poder de los tribunales para interpretar los actos del parlamento según el derecho consuetudinario (*Common law*). El conflicto fundamental de Coke con el rey Jacobo se originó por su convicción de que las altas cortes de Inglaterra tenían el derecho para decidir si un acto del parlamento era 'legal' o no. Esta opinión no triunfó en Inglaterra, pero mantuvo prestigio suficiente hasta el final del siglo XVIII, el tiempo suficiente para influir el pensamiento jurídico norteamericano. Combinando la constitución, como ley fundamental del país con el derecho consuetudinario (*Common Law*), una mole considerable del derecho consuetudinario ha entrado en la construcción jurídica norteamericana, en el curso de un siglo y medio de interpretación 'judicial' de la constitución." (Friedrich, *op. cit.*, p. 222.)

11 V. Crisafulli es también de este parecer en su intervención "L'accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi", en *I controlli sul potere*, Firenze, Vallecchi, 1967, pp. 17-18.

12 De esta tendencia obstruccionista del poder político ampliamente acordada, aparece como eficaz testimonio la conducta, casi constante, seguida por el gobierno, el cual es representado por el abogado del Estado, en sus intervenciones ante la corte, para sostener posiciones inconstitucionales. De tal fenómeno detalla las circunstancias, al formular una clara crítica constitucional, Tosi, S., *Il governo davanti alla corte nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1964. Pero hay algo mucho más grave: la tendencia a disminuir la efectiva autonomía de la corte, hacer de la corte misma un instrumento del régimen. La larga y ciertamente deseada incertidumbre sobre la duración en el cargo de los jueces, cuyas tareas dieron comienzo en el curso del primer decenio; la obstinación con la que se ha debatido una cuestión jurídicamente inexistente, utilizando la sabia y oportuna propuesta del presidente de la república Antonio Segni a propósito de la duración del cargo, no para llegar a las conclusiones de Segni (y del proyecto de ley Leone) sino al contrario, para hacer tambalear la perspectiva de una decadencia de todos los miembros, al final del primer decenio de actividad de la corte, incluidos los miembros nombrados en el curso del decenio; en fin, el acuerdo de todos los partidos para resolver un problema artificioso e inexistente, que reduce el término normal del encargo de doce a nueve años y niega la *prorogatio* de los jueces que concluyen, son documentos muy graves de este decidido y tenaz rechazo del principio mismo de la justicia constitucional —y de sus implicaciones fundamentales— por parte del régimen. (Ver en tal propósito a Maranini, G., "El rinnovamento della corte costituzionale" y "La strana vicenda del nostro supremo tribunale" en *Il Corriere della Sera* de 22 de octubre de 1966 y de 26 de mayo de 1967, respectivamente.) Por otra parte, esta atmósfera de cubierta intimidación y presión frente a la corte, no ha quedado sin efecto del todo. Para tal pro-

pósito, consultar dos lucidísimos ensayos de Tranfaglia, N., "La crisi della c.c." y "Corte costituzionale, magistratura, governo", en *Comunità*, 1967, núms. 139, 140, 141. Se trata de una acción análoga del todo a la ejercitada sobre la magistratura ordinaria para combatir con dureza el autogobierno, defender la jerarquía y buscar una alianza con el vértice judicial para separar la masa de los jueces, para controlarla, para impedir una toma de conciencia de la función de la justicia propia de un país verdaderamente libre.

¹³ Las normas relativas al nombramiento de los jueces adscritos están contenidas en la ley constitucional de 11 de marzo de 1953, núm. 1, artículo 10; en el reglamento parlamentario para los procedimientos de acusación, aprobado por la cámara de diputados en la sesión de 14 de julio de 1961, y por el senado de la república, en la sesión de 20 de julio de 1961, artículo 1; en las normas de integración para los juicios ante la corte constitucional, aprobadas por la corte constitucional el 22 de abril de 1958, en el espíritu del artículo 14, párrafo I, de la ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87 (*Gazzetta Ufficiale*, núm. 107, de 3 de mayo de 1958); para el texto único, dirigirse al *Manuale delle norme sui procedimenti e sui giudizi di accusa contro il presidente della repubblica e i ministri*, cámara de diputados, p. 29.